2.C.

17



POR

IVAN BAVTISTA, Y OTAVIO BALBI.

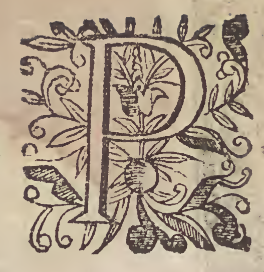
CON

El señor Fiscal, y Acreedores de Gaspar Rodriguez Cortes.

SOBRE

1 *Confirmar, ò reuocar vna sentencia del Consejo, por la qual se manda pagar lo que se les deue a los dichos Otauio Maria Cauana y consortes, en concurso con los Acreedores personales, despues de todos los hipotecarios. De que està suplicado por los dichos Otauio Maria Cauana y consortes, y pretenden, se les ha de dar prelacion, y ser pagados antes que los demas Acreedores, en las mismas mercaderias, que ellos dierõ a Pedro de la Peña. y procedido dellas, ò por lo menos han de tener prelaciõ, como Acreedores hipotecarios, conforme a la data de la escritura de compañia, que hizieron Gaspar Rodriguez, y Pedro de la Peña, ò por lo menos conforme a la data de sus contratos.*

A PAR



ARA La inteligencia de lo que se huuiere de dezir se suponen tres cosas.

2 La primera, que por Enero del año de mil y seiscientos y nueue, Gaspar Rodriguez Cortès y Pedro de la Peña hizieron compañia sobre la administracion de la tienda, que tenia Gaspar Rodriguez, y la dio a Pedro de la Peña, apreciadas todas las mercaderias della, para q̃ el la administrasse: y por su industria y trabajo, y por quinientàs mil marauedis que puso en ella, participasse la quarta parte de todo lo que se negociasse en la dicha tienda, y las tres partes fuessen para el dicho Gaspar Rodriguez, el qual en esta escritura se obligò a pagar con lo procedido de la tienda, y con su persona y bienes, todo lo que para ella tomasse fiado el dicho Pedro de la Peña. Y en esta escritura se dixo, que auia de durar esta compañia quatro años: pero no parece auerse deshecho, ni inouado en cosa alguna, hasta q̃ por quiebra del dicho Gaspar Rodriguez (que sucedio el año de diez y siete) se embargaron todos sus bienes, y entre ellos los de la dicha tienda.

3 Lo segundo se supone, que por Agosto del año de seiscientos y quinze Gaspar Rodriguez fue nombrado por Recetor del Consejo de Hazienda, con clausula, de que no auia de tratar, ni contratar en cosa alguna con el dinero de la dicha Recetoria, y que siempre le auia de tener de manifiesto: y esta Recetoria durò hasta fin del año de diez y siete, que se mandò hazer vn tanteo por los libros de la Recetoria, y conforme a el se entendia, que deuia veinte y nueue quentos y tantas mil marauedis, y se cometio al señor Iuan de Soria, para que los cobrasse, y el mandò embargar los bienes del dicho Gaspar Rodriguez, y se embargaron las mercaderias de la tienda, y procedidos della. Lo

4 Lo tercero se supone, que Otauio Maria Cauana y consortes, poco antes de la dicha quiebra vendieron al dicho Pedro de la Peña diferentes mercaderias, q̃ montan mas de 368U. reales, y por ellos pidieron execuciones, y se hizieron en las dichas mercaderias: y auiendo aduocado a si los pleytos el señor Iuan de Soria, se disputò, si se auian de reputar por bienes de Pedro de la Peña (como lo pretendian Otauio Maria Cauana y cõsortes) ò por bienes de Gaspar Rodriguez: y en efeto por su sentencia, y la del Consejo, se declarò, que todas las dichas mercaderias y efetos dellas eran bienes del dicho Gaspar Rodriguez, y no del dicho Pedro de la Peña, y se mandò, que Otauio Maria Cauana y consortes, con sus escrituras acudiessen al pleito de acreedores de Gaspar Rodriguez, para que alli fuessen pagados en el lugar que les tocasse.

5 His suppositis, el pleyto que se ha de determinar es, que Otauio Maria y consortes pidieron en el concurso de los dichos Acreedores, que ellos fuessen pagados de las mercaderias de la dicha tienda, y efetos que dellas han procedido, antes que todos los otros acreedores de Gaspar Rodriguez, ò por lo menos como Acreedores hipotecarios, se les dè su lugar, en la forma, y como se dirà. Y auiendose esto contradicho por el señor Fiscal, y los otros Acreedores de Gaspar Rodriguez, salio la sentẽcia de vista, de q̃ se ha hecho mencion supra numero 1. y della està suplicado, concluso, y visto.

Deste hecho resulta ser necessario tratar dos Articulos.

6 El primero, que por razon del señorio destas mercaderias, ò por estarles hipotecadas, han de ser preferidos en ellas Otauio Maria y consortes, a todos los otros Acreedores de Gaspar Rodriguez.

7 El segundo que en caso que ayan de concurrir cõ los demas Acredores, ha de ser dandoles prelacion desde el

el dia de la escritura de compañia, que fue en nueue de Enero del año de seiscientos y nueue, ò por lo menos desde el dia de la data de sus escrituras, que todas se otorgaron por el año de diez y siete, y no en concurso con los Acreedores personales.

ARTICVLVS PRIMVS.

8 EN Este se ofrecen diferentes puntos, por donde pretendemos tener mejor derecho en estas mercaderias, y procedido dellas, que todos los otros

9 Acreedores de Gaspar Rodriguez. Y el primero es, porque auiendo sido Otauio Maria, y los demas Acreedores dueños de las dichas mercaderias, y vendidolas a Pedro de la Peña, no perdieron el señorio dellas por la dicha venta, y entrega que hizieron, hasta ser pagados del precio dellas, vt in §. venditæ, Instit. de rerum diuis. que es expresso para esto, & in l. 46. titul. 28. part. 3. vbi glos. 2.

10 Las partes contrarias se valdran destas mismas Leyes, diziendo, que para la translacion del dominio obra, y es lo mismo la paga, que el habere fidem de pretio: porque eo ipso que el vendedor da la cosa fiada, cō la entrega se haze pleno iure del comprador, de la mis ma manera que si la pagara. Ac per consequens auiendo Pedro de la Peña adquirido el dominio de las mercaderias, que Otauio Maria y consortes le vendieron, las pudo transferir en Gaspar Rodriguez, y no quedò en los dichos Cauana y consortes dominio alguno cuius ratione puedan dezir, que han de ser preferidos a los Acreedores de Gaspar Rodriguez, ni aun a los de Pedro ne la Peña: porque auiendo el adquirido el dominio de las dichas cosas, sus Acreedores deueran entrar, si son hipotecarios, por la regla de la l. qui prior, ff. de regul. iur. y si son personales, cobràran per concursum primero

mero los priuilegiados, y luego los que no lo fueren, vt in l. priuilegia, vbi notant omnes, ff. de priuil. credit. & in l. eos, C. qui potior. in pign. hab.

11 La respuesta consiste, en que eo ipso que Otauio Maria Cauana y consortes fueron engañados en los contratos de venta que hizieron con Pedro de la Peña, no transfirieron en el el dominio de las cosas que le vendieron y aunque los vendedores dixessen, que aguardauan por el dinero, que con esto parece, que habebant fidem de pretio; el engaño de la otra parte no permite, que de parte de los Acreedores aya de guardarsele la buena fee de la espera, que le dauan, y que de parte de Pedro de la Peña huuiesse engaño: arg. l. cum proponas la 3. C. de pactis, vbi notatur.

12 El engaño de Pedro de la Peña consistio en dos cosas. La primera, en que segun la lectura de las partes cõtrarias, no comprò para si, sino para Gaspar Rodriguez, como lo tiene declarado la sentencia y executoria, de que las partes contrarias se valen, diziendo, como dize la sentẽcia de reuista, que se declara ser todas las dichas mercaderias de Gaspar Rodriguez, y que Cauana y cõsortes no pidan a Peña cosa alguna, sino a Gaspar Rodriguez. Y assi las partes contrarias no pueden negar esta proposicion, pues con ella obtuuieron la dicha executoria, y oy vsan della. Y este tal engaño fue causa que contratassen con Pedro de la Peña: porque con Gaspar Rodriguez ellos no querian contratar, y assi lo dixeron, y protestaron, como està prouado plenamente, & infra dicetur num. 42.

13 El segundo engaño, y no menos principal (y que las leyes consideran para impedir la misma translaciõ de dominio, de que vamos hablando) es, que dẽtro de seis meses, de como las dichas mercaderias se vendieron, fue la quiebra de Gaspar Rodriguez, y de Pedro de la Peña. Sed sic est, que quando se vende, ò entrega vna co-

ſa al que ſtatim quiebra,ò ſe huye con ella, aunque ſe le aya vendido y entregado,habita fide de pretio,con todo eſſo no adquiere el dominio el comprador, por la mala fee con que tratò,y engaño de que vsò contra el vendedor,que ſi ſupiera que auia de quebrar tan preſto, ò huyrſe con la coſa comprada,cierto es que el vendedor non haberet fidem de pretio, y por el conſiguiente la fee que tuuo del no obra coſa alguna, por el engaño, con que le hizieron que haberet fidem de pretio.

14 Y aunque de iure communi era arbitrario el tiempo que auia de paſſar,deſde el dia de la venta, haſta la fuga ò quiebra del comprador,y vnos puſieron mas,y otros menos tiempo,oy por la l.7.tit.19.lib.5. Recopilation. eſtà declarado,que eſte tiempo ſea de ſeis meſes : porq̃ la ley con juſta cauſa conſiderò,que vn hombre de negocios ſabe el eſtado de ſu hazienda , y todo lo que toma fiado dentro de ſeis meſes proximos a ſu quiebra, lo juzga por hecho con mala fee,baſtante para nulidad de los contratos,que celebra dentro de los dichos ſeis meſes,y para que no baſte la venta y entrega a cauſar
15 translacion de dominio,vt tradit Matienç. in l.7. titul. 16.lib.5.Recopilat.gloſ.5.num.9.Straca de mercatura, tit.de decoctorib.3.par.num.31.& 32. Felician.de cen
16 ſib.lib.3 cap 5.numer.22.Y la razon es,porque como el contrato de compra y venta es de buena fee,vt in §. actionum,Inſtit.de actionib. Y el dolo del comprador es contrario a la buena fee,vt per gloſ.& DD. in d.§.actionum,& in l.& eleganter,ff.de dolo,vbi omnes notant,&Couarruu.in regula poſſeſſor,2.par.§.6.num.6. AEgid.de contract.2.par.cap.12.§.3.num.6. Y aſsi ni el vendedor pierde el dominio,ni el cõprador le adquiere. Ang.& Alexand.in l.ſi cum dotem,§.ſi mulier, ff.ſolut.matrimon. Mainard.deciſ.46.per tot.lib.2 Ioann. Gribel.deciſ.Dolana 56.à num.8.plures adducens Fontanel.de pact.nuptial.tom 2.clauſ.7.gloſ 2. par.9. à n.

37.

37. Y esta misma fraude, que aqui interuino, considerò la dicha decis. Mainard. 46. ibi: *Et quòd prætereà existi mari non poterat, eos merces istas planè à se abdicasse, præsertim cum tam euidens emptoris dolus; & circumuentio esset*. Et ibi: *Quare licet venditores fidem de pretio habuissent, tamen dominium rerum venditarum in emptorem fraudulentum & fallacem nõ transtulissent, eo quòd dolus & fraus fidei isti occasionem dederint, vt ideò perinde sit, ac si illa non interuenisset, eaquè ratione merces fraude potius, & dolo subreptæ, atquè extortæ,
17 quàm verè datæ, & traditæ videantur.* Y lo mismo se decidio en la de Gribello 56. num. 8. ibi: *Et hoc casu cũ dolus præcedens, qui ex subsequenti fuga facilè præsumẽdus est, causam dederit habendæ fidei, perinde est sanè, ac si nulla fuiβet habita fides de pretio.* Et num. 11. ibi: *Senat. in illis mercibus hìc dolo reperto, & extantibus, vẽditorem cæteris creditoribus prætulit, quasi fidem emptori plenè non sequutus, & quasi mercibus non verè traditis, sed fraudulenter ablatis. ita loquitur text. in l. si quasi, ff. de pignor. act.* ibi: *Et si agente te contraria pignoratitia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo & fraude, per quæ nec redditũ, sed per fallatiam ablatum id intelligitur.* Y estas solas palabras bastauan para fundamento de todo el cõcepto de què
18 tratamos. Porque no ay diferencia, de auerlas tomado con el dicho dolo, a auerlas hurtado de su casa vn ladron, el qual no les podia quitar el dominio, ni transferirlo a nadie. Andr. Gail lib. 2. obseruat. 15. num. 8. 9. & 10. ibi: *Tertiò singulariter fallit in emptore doloso, qui tẽpore venditionis non erat soluendo, & iam antea cessionem vel fugam nequiter percogitauerat: quo casu etiam si fides sit habita de pretio, tamen dominium rerum venditarum & traditarum non transfertur in emptorem dolosum, eo quod dolus causam habendæ fidei dedit, & sic fides tali casu habetur pro non habita, & res non tra-*

dita

dita, sed fraudulenter ablata censetur, per text. ad hoc singularem, in l. si quasi. ff. de pignorat. act. Quapropter in concursu creditorum venditor omnibus merito præferendus est, & rem vt suam vendicare, non obstante traditione, poterit, vt tenet Bald. &c. Et idem tenet Felic. de censib. tom. 1. lib. 3. cap. 5. num. 22. vers. Secunda est. Linglois decis. 46. quæst. 4. num. 2. Que calificando la justificacion, que tiene en si este fundamẽto, dize, quòd non conuenit, vt dominium rei venditæ transferatur in eum, cuius dolus contractui, & fidei habitæ causam dederit. Porque es muy considerable el error y engaño que estos Acreedores padecieron, contratando cõ Pedro de la Peña, y teniendolo por dueño de la tienda, siguiendo su fee y credito, libre de Acreedores: y no siguieron, ni quisieron seguir el de Gaspar Rodriguez: lo qual ponderò Cino in l. hi qui, num. 3. C. quod cũ eo, & Rota Genuens. decis. 14 num. 99. circa med. Y si en este caso no se tiene por vendida la mercaderia ni transferido el dominio della, quanto menos se tendra por vẽdida en fauor de Gaspar Rodriguez, con quien no contrataron, ni quisieron contratar.

19 Y en auiendo conseruado el vendedor el dominio, no tiene duda, sino que con el se prefiere a todos los otros acreedores, aunque sean hipotecarios y priuilegiados, vt in l. si ventri, §. in bonis, in fi. ff. de priuileg. cred. ibi: *Si tamen nummi extent, vendicare eos posse a depositarijs. & futurum eum qui vendicat ante priuilegia.* Et tradit Negusant. de pignorib. 2. membr. 5. p. n. 8. Straca de decoctorib. 3. par. num. 30. & 31. Rodrig. de cõcurs. credit. 2. p. art. 2. num. 2.

20 La dicha prelacion no solo se entiende en las mercaderias extantes, sino tambiẽ en lo procedido dellas: porque in vniuersalibus pretium succedit loco rei. l. si rem & pretium, ff. de petit. hæredit. & l. res quæ, ff. de iudic. tradit Flores de Mena, quæst. 20. num. 1. cum seqq.

Y la

Y la tienda es quid vniuersale,l.cum tabernã, ff.de pignorib. Y en tienda dada en administracion, tratandose, de concurso de acreedores,es el tex.in l. procuratoris §.non autem,& §.si propter,ff.de tribut.act.

21 Por otro medio tambien se deue considerar, no auer perdido el dominio destas mercaderias Otauio Maria y consortes:porque ellos no quisieron contratar, ni transferir su dominio en el dicho Gaspar Rodriguez: y assi aunque pudieran transferirlo en Pedro de la Peña, no queriendolo el para si, sino para Gaspar Rodriguez. En este encuẽtro de voluntades, resulta lo q̃ aliàs dize la l.multũ interest,C.si quis alteri,vel sibi,scilicèt, quòd potuit noluit,& quod vult adimplere nequiuit: aunque quisieran los vendedores transferir el dominio en Pedro de la Peña, por no quererlo el para si, no pudieron hazer la dicha translacion, ni se hizo a quien no quisie-
22 ron.Porque aunque Pedro de la Peña quisiesse adquirir el dicho dominio a Gaspar Rodriguez en virtud de la entrega,que a el se le hazia,no pudo,ni se ha de atender a su voluntad,sino a la de los dueños que las entregauan,ex l.per seruum,§.fi.ff.de acquirend.rerum domin. Donde pone el Consulto diferẽtes casos,en que el procurador,ò el esclauo,que quiere àdquirir para si, ò para diferente persona que la que quiso el dador, no haze nada, ibi: *Nam etsi procuratori meo rem tradideris, vt meam faceres,& is hac mente acceperit, vt suam face-*
23 *ret, nihil agetur.* Y lo mismo se halla decidido in l. qui mihi 13.ff.de donat.ibi: *Nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, vt mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit,nihil agit in sua persona sed mihi acquirit* donde se prueua. Y Bart sacò por conclusion, quòd licet recipiens machinetur, non attenditur eius voluntas,sed tradentis. Et Bald.ibidem notat, non inspici ad cuius vtilitatem facit procurator, sed qualiter contrahitur,inspectis verbis & forma contractus. Y la

glos.vlt.alli,siguiendo este intento,dize, que procede, siue traditio ex donatione procedat, siue ex alio quolibet contractu, & tradit Alberic.in d.l.qui mihi,num.1. facit text.in l.eum qui,C.si cert.petat.vbi Bald.num.2. De que se sigue,que ò no vale lo que se haze quando discordan las voluntades del vendedor y del procurador, ò que si algo vale, es lo que el vendedor quiso que fuesse.

24 De lo que està dicho resulta,que no haze al caso que Gaspar Rodriguez aya ratificado lo que hizo Pedro de la Peña:porque no le pudo dar esta ratificacion, lo que no le dieron los dueños de las dichas mercaderias Costa cons.52.num.15.quia semel exclusus ab aliquo iure, expostfacto non operatur eius ratificatio.Bald.in l.obseruare,§.post hæc,num.4.& 7.ff.de offic.Procons. En tanto grado,que vino a dezir el mismo Costa eodem num.15.que aunque vn procurador ò institor quiera transferir el dominio en el que le propuso,no puede cõtra la voluntad del dueño de la mercaderia, vt tradit Bald.in l.fœlicissima,num.1.C.de his,qui à non domi. & idem Bald.in l.si absentis,num.10,C.si cert. petat. Y esto procede con ventajas en este caso,en que Pedro de la Peña no era simple institor,sino administrador, y distribuidor de todo:que es caso,en que adquiere mas derecho,vt explicat Socin.cons.154.num.17.lib.2.& Crauet.cons.331.à n.4.cum seqq.vol.3.

25 Y aunque Gaspar Rodriguez en su declaracion dize,que Cauana y consortes sabian que Pedro de la Peña contrataua para el, ningun credito se le deue dar: porque hizo esta declaraciõ despues de estar en su quiebra,vt in l.item si vnus, in princ.ff.de arbitrar.& tradit Bald.cons.400.vol.5.Rota Genuens.decis.2. num.34. latè Straca de decoctorib.3.p num.33.

Menos obsta dezir,que cobraron del algunas partidas,porque esto fue en otro tiempo diferente, y quando

do no estaua tan embaraçado cō las cosas del Consejo de Hazienda. Y assi aduirtiendo a esto, y preuiniendo el daño, expressamente dixeron, que no querian cōtratar con el dicho Gaspar Rodriguez como lo tienen prouado con muchos testigos, que ninguno padece tacha, y se deue estar a ellos, l. cum proponebatur, de legat. 2.

27 Y auer dicho Otauio Maria Gauana y consortes, que no querian contratar con Gaspar Rodriguez, sirue de protesta, que influye ò informa todo el contrato, para que todo se regule conforme a la dicha protesta, l. Titia, §. idem respondit, vbi Imol. num. 12. de verb. obligat. Surd. cons. 202. à num. 19. volum. 2. Bald. in l. ex placito, C. de rerum permutat. Y seria durissimo, que contra la voluntad del vendedor, cō su mismo acto se adquiriesse derecho a otro, y lo resiste el text in l. fin. C. de pact. ibi: *In alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri, vel pacisci secta meorum temporum non patitur.*

28 Y si se dixesse, que por lo menos Pedro de la Peña, despues que se hizo señor de las dichas mercaderias, por la entrega qne dellas le hizieron sus dueños, pudo el transferir el dominio que tenia en el dicho Gaspar Rodriguez, y que assi esta determinado por la carta executoria, en que se declara ser estas mercaderias del dicho Gaspar Rodriguez.

29 Se responden dos cosas. La primera, que si por la fraude, y engaño que en esto huuo, no perdieron el dominio dellas Otauio Maria Cauana y consortes, vt supra probatum est, mal pudo Pedro de la Peña transferir lo que no tenia: nemo enim dat quod non habet, vt in l. traditio, ff. de acquirend. rerum domin. Y aunque la sentencia declarò por señor de las dichas mercaderias a Gaspar Rodriguez, no fue en competēcia de dominio, que pretendiessen Cauana y consortes, y assi no quedo

juzga-

juzgado su derecho, vt in l. ex sextante. §. Latinus, ff. de exceptio. rei iudic. & de hac re iudicata dicetur inferiùs num.

30 La segũda respuesta es, que ad summum lo que mas se puede pretender será, que por la entrega que Cauana y consortes hizieron a Pedro de la Peña, se le adquiriesse a el el dominio, y que luego el lo traspassasse en el dicho Gaspar Rodriguez, por auer metido las mercaderias en la tienda, que se ha reputado por del dicho Gaspar Rodriguez: & nullo iuris colore se puede sustentar, que por aquella primera entrega, que Cauana y consortes hizieron a Pedro de la Peña, se transfiriesse el dominio en Gaspar Rodriguez. Y de que consideracion sea, auerse transferido por la primera entrega, ò por la segunda, se dira en el punto que se sigue.

Segundo Punto.

31 QVando por la entrega, que se hizo a Pedro de la Peña, se entendiesse, que quedò transferido en el el dominio de las dichas mercaderias, por lo menos en el mismo instante quedaron obligadas, è hipotecadas a la restitucion del precio dellas: de tal manera, q̃ aunque despues Pedro de la Peña las metiesse en la dicha tienda, y por este camino se hiziessen del dicho Gaspar Rodriguez, y cõ esto sus Acreedores adquiriessen derecho a ellas, vienẽ a ser todos posteriores a Otauio Maria y cõsortes: porq̃ antes que fuessẽ del dicho Gaspar Rodriguez, estauan obligadas a Octauio Maria y consortes. Quod probatur ex seqq.

32 Lo primero, cierto es, que en la obligacion general veniunt præsentia & futura, vt in l. fin. C. quæ res pign. oblig. pos. Y assi en el mismo instante, que Pedro de la Peña obligò sus bienes a pagar estas deudas, y por la entrega que le hizieron Otauio Maria Cauana y consortes,

tes,se hizo dueño destas mercaderias, statim se contraxo en ellas hipoteca, y quedaron afectas a la paga de las dichas deudas: y aunque despues las entrasse en la tienda, y por este camino las comunicasse, ò hiziesse propias de Gaspar Rodriguez, ya yuan afectas con la dicha hipoteca,sicut lepra sequitur leprosum, vt in l. alienatio,ff.de contrah.empt.cum similib.

33 Lo segundo,& magis in specie,es, porque la cosa deducida en el contrato,queda obligada a la obseruancia del,& comprehenditur in generali hipotheca, iuxta doctrinam Bart.in l.emptorem,num.2.C.de locat dicēs: *Quòd cùm hodiè in instrumentis hinc,inde obligent omnia bona pro obseruatione contractus,constituitur hypotheca,etiam super illa re,quæ contractui occasionē præstat* subdens, *Ita de facto dixiße, & obtinuiße*. Et in l. qui fundum 35.num.1.vers.Et idem videtur quando, ff. locati,vt idem tradunt,scilicèt,que en la general obligacion è hipoteca,queda hipotecada la misma cosa, q̃ da ocasion al cōtrato,para la seguridad, è interesse del, scilicèt num.3.Raphael Fulgos.num.5. idem Bart. in l. si filio famil.26.§.si vir alias fin.num.2. ff. solut. matrimon.vbi Alexand.num.9.in princ.Paul.de Castro in l. si merces.§.qui fundum,num.1.ff.locati. Ias. in l. si ita quis,§ ea lege,num.32.vers.alibi tamen, idem Bart. ff. de verborum obligat.Negusant.de pignor. 2.membr.

34 par.2.num.33.ibi: *Et ex prædictis infertur, etiam quod in generali obligatione omnium bonorum apposita in cōtractu locationis pro obseruantia, & in contractu emptionis,in quo emptor promißit soluere pretium, vel fecit pactum de revendendo, vel aliam conuentionem, comprehenditur etiam res locata & vendita,per notata per Bart in l.qui fundum,&c.* Et Paul.Paris.cons.50.num. 23.lib.1.ibi: *Generalis enim obligatio bonorum,comprehendit etiam ipsam rem venditam,seu locatam,quæ censetur obligata,vt tradit Bart.in l,emptorem,&c.* Iaso. cons.

conf.111. Aduertendum eſt, num.8.& 9.lib 4.vbi benè
35 probat, poſt quos & alios, quos allegat, idem tenet Anton.Gom.lib.2.variar.cap.3.de locatione & conduct. num.9 ibi: *Ex quo infertur, quòd ſi cõductor haberet aliquod ius in re, nõn poſſet expelli, vt ſi locator generaliter obligauit omnia bona ſua pro ſecuritate contractus, vel illam rem locatam ſpecialiter, quia tunc conductor poſſet rem loco pignoris, vel hipothecæ retinere, & nõ poſſet expelli, vt ſingulariter declarat Bart. &c.* Et Rolandus à Vall.conſ.6.num.4.9.& 10.volum 1. Couarruu. lib.2.variar.cap.15 num.3.verſ.primum. Barboſ.in l. ſi filio familiàs 26.§.fin.num.31.in med.& denique Caldas Pereir.infinitos ad id referens, de renouat.emphyt. quæſt 12. num.18. & de emptio. & vendition. cap. 26. num.34.

36 Lo tercero, porque eſte derecho de hipoteca, cõtraida en la miſma coſa, que vno da, cauſa prelacion contra todos los Acreedores del miſmo que la recibe: de manera, que aunque aliàs Pedro de la Peña tuuiera Acreedores anteriores a eſtas obligaciones, y con hipoteca de ſus bienes: adhuc tamen ſe prefirieran Otauio Maria Cauana y conſortes en las miſmas coſas que ellos dieron, vt in l.licet, C.qui potior. in pignor. hab. & tradunt Straca de decoctorib, vlt.par.num.5. Matienç. in l.7.tit.16.lib.5.Recop.gloſ.5.num.7. Flores de Mena lib.1.variar.quæſt.6.§.3.num.13. & Felician. de cenſibus, tom. 1.lib. 3. cap.5. numer. 22. verſic. Tertia eſt quando.

37 La qual procede, no ſolo en hipoteca eſpecial, porq̃ eſſo no tiene duda, ſino que baſta la obligacion general del que recibe la coſa porque ſiendo como es verdad, ex dictis ſupra, num.37, & ſeqq. que la general hipoteca comprehende los miſmos bienes deduzidos en el contrato. Eſta general hipoteca baſta para cauſar la dicha prelacion, como lo tuuo Vberto de Bobio,

quem

quem refert & sequitur Alberic. in l. obligatione generali, n. 4. ff. de pignor. ibi: *Itē quærit si primo obligaui bona mea creditori generaliter, deinde emo prædium, & vēditor, adhibet fidem de pretio, & obligaui sibi generaliter omnia bona mea, nunquid priores creditores in ipso prædio empto, erunt potiores ipso venditore, si velit agere ad pretium: & videtur, quod alij creditores sunt potiores, quia eorum obligatio est antiquior, & statim cùm fuit emptum prædium, fuit eis obligatum: ipse tamen tenet contrarium, per l. licet, C. qui potior in pign. habeant. Sed illa lex loquitur quando specialiter obligatur: sed ipse dicit non referre, an specialiter, vel generaliter obligetur, C. de pignor. l. 2. Et quia ita præferuntur priuati Fisco ex generali, sicut ex speciali obligatione, vt infr. qui potior. l. si fundum. Item illa, ex cuius pecunia nauis est salua, præfertur, infr. qui potior. in pign. hab. l. interdum. Ergo iste venditor, cuius res fuit, fortiùs debet præferri, arg. opt. & quasi expreßum, infr. de priuil. credit. l. quod*
38 *quis nauis.* Quam opinionem sequuntur Cœpola cautel. 124. num. 2. & Assinius de execut. §. 7. cap. 14. num. 3. Gaspar Anton. Thesaur. qq. forens. lib. 2. cap. 74. num. 1. ante fin. vbi dicit æquissimum, & Ceuallos in comm. contra commun. quæst. 744. numer. 14. Et idem tenet Marta decis. 43. num. 9. & Ioann. Gutierr. allegat 5. nu. 2. Sin embargo de que refieren a Negusantio, que tuuo lo contrario, & in specie le reprueua, y sigue esta opiniō Alexand. Trentacinq. lib. 3. variar. tit. de emptione & venditione, resolut. 15. num. 9. ibi: *Non est recedendum à prima opinione, quæ probatur in l. quamuis, C. de pignorib. & text. in dict. l. licet, quamuis loquatur in speciali obligatione, non tamen excludit, quod eadem dispositio locum non habeat, quando adest obligatio generalis, &c.*

36 A esto se puede oponer, que Pedro de la Peña no cōprò para si, sino para Gaspar Rodriguez, y que a el se le

adqui-

adquirio la possession, o dominio de las dichas mercaderias: y es regular, que lo vno y lo otro se pueda adquirir por procurador, vt in l. possessio 49. §. & si possessio, ff. de adquir. posses. Y que no auiendo hecho suyas las dichas mercaderias Pedro de la Peña, no cayeron, ni se comprehendieron en la obligacion, que hizo de sus bienes.

37 A lo qual se responde. Lo primero, que aunque Pedro de la Peña fuesse compañero, factor, ò institor de Gaspar Rodriguez, no por esso quedò prohibido de contratar para si, como contratò, comprando estas mercaderias en su propio nombre, vt in l. si quis, §. siue, versic. si verò ibi: *Sed vt lucretur solus, &c* ff. commun. diuid. l. licet. 10. C. de Decurion. lib. 10. l. & magis. ff. de solution. & in specie Rota Genuens. decis. 14. num. 96. circa med. ibi: *Sequeretur etiam quod quis nunquam possit proprio nomine gerere, quãdo est alicuius institor, quod est absonum, & contra l. si quis, &c.* vbi plura iura allegat.

38 Y assi las compras de las mercaderias, de que se trata, no las hizo como factor, sino en su propio nombre, y para si mismo: porque este es el titulo, que expressò, y declara en las escrituras de las dichas compras, en las quales dize, que es mercader, y compra en su propio nõbre, obligandose el solo a la paga y satisfacion de los precios, q̃ mõtauã. Y esto basta para prouar q̃ los dichos contratos y compras no las hizo como factor, sino como Pedro de la Peña, vt pulchrè probat Bald. cons. 125. ex num. 1. volum. 5. donde dize, que quando vno puede comprar en nombre ageno, como de la compañia, y en nombre propio, es visto comprar para si mismo, y en
39 su nombre, y quedar el solo obligado, ibi: *In contrariũ videtur, nam nõ sequitur. Duo fratres faciunt simul artem maceli: ergo vnus emendo proprio nomine alium obligat, quia qui non emit nomine societatis, sed proprio,*

sibi

ſibi ſoli negotium gerit & qui ſibi vendidit, non habuit animum alium obligandi, quam ipſum, qui ſuo propriò nomine contrahebat, &c. Et inferiùs, ibi: *Aliud eſt enim venditorem ſequutum eſſe fidem ſocietatis, aliud ſolam fidem emptoris ſine commemoratione ſocietatis, nam ſicut ex tali contractu non agit corpus ſocietatis, ſed ſolus emptor, ita èconuerſo ſolus emptor conueniri debet, vt ff. pro ſocio, l. duobus § ſi fratres, l licet, C. de Decur. lib. 10.*
40 *&c.* Pro quo etiam eſt bonus text in l. ſi patruus. C. cōmun. vtriuſque iud. & ibi not. Bald. num. 1. & 5. Donde dixo, que ſolo ay duda en los contratos que ſe hazen ſin eſcritura, porque no conſta ſi comprò para ſi, o en nombre de otro: pero en auiendo eſcritura por la qual conſta, en cuyo nombre comprò, ceſſa qualquier duda que en eſto ſe quiera poner.

41 Facit, porque vno puede repreſentar dos perſonas, vna propia, y otra del oficio o adminiſtracion, que tiene Bald. & Salicet. in l. eius. C. de compenſat. Rot. Genueſ. deciſ. 31. num. 11. & deciſ. 75. num. 3. & notanter Ioan. de Puteo in conſ. vlt. aliàs 129. num. 2. inter conſ. Bald. vol. 6. Y aſsi quando el contracto que haze puede conuenir a entrambas, ſe entiende nomine propio, y repreſentando ſu perſona, y no la del oficio, hic eſt caſus in l. poſt mortem 5. § tutor. ff. quando ex facto tutor. & ibi not. Bart. num. 1. 2. & 3. Bald. in l. procurator, qui pro euictione num 6. de procurat. dicens quòd in dubio cōfertur obligatio ad perſonam ſimpliciter, & nō ad perſonam qualificatam, & ibi ſequitur Angel. num. 2. ante fin. verſ. Sed ſi non eſt facta, & Ioann. de Puteo, d. conſ. vlt. num. 1. & 2.

42 Quando de iure eſto tuuiera duda, baſtaua la prouança que eſta hecha por Octauio Maria y conſortes, con mucho numero de teſtigos en la pregunta 9. pieç. 1. fo. 34. que las ventas que hizieron a Pedro de la Peña, fueron por ſu cuenta, y en conſideracion de ſu perſona, en tan-

tanto grado que no se las dauan ni querian dar por cuẽ ta de Gaspar Rodriguez Cortès, y esto es cosa que se puede prouar por testigos, ex adductis à Rota Genueñ. decis. 14. num. 99. circa med. ibi: *Apparet autem ex testibus actorum, cuius contemplatione crediderunt; quia deponunt quod Parauicini sequuti sunt fidem Tobiæ, & non credidissent obolum Augustino, &c.* Atque idem tradit Cyn. in l. ei, qui, num. 3. C. quod cum eo, ibi: *Tu procurator venisti ad me, vt acquireres pecuniam pro domino tuo, ego cognoscebam dominum rixosum & litigiosum hominem, vnde non mutuarem sibi obolum, isto casu habeo animum dominum non obligandi.*

43 Lo segundo se responde, que el adquirirse dominio o possession al señor, mediante la persona del procurador, es quando ay voluntad del mismo procurador, y del que vende, de que la adquisicion se haga al dueño, y en este caso procede la l. possessio, en contrario alegada, supra num. 36. pero quando no ay voluntad del que las entrega, no se adquiere directè al señor, sino al mismo procurador, el qual despues que es suya la cosa; la buelue a entregar al señor, vt est casus in l. res ex mandato 59. ff. de acquiren. rerum domin. cuius verba sunt: *Res ex mandato meo empta, non prius mea fiet, quàm si ille tradiderit mihi, qui emit, &c.* Quam ita declarat Odofred. num. 1. ibi: *Mandaui tibi, vt deberes illam rem emere, & per traditionem accipere: Tu emisti, & per traditionem accepisti, non meo nomine, sed tuo, & ita qui vendidit, & tradidit, gerebat, vt in te transferretur dominium, de me nihil gerebat, nunquid hoc casu per te quæritur mihi dominium, &c.* Y responde, que no.

44 Y pues aqui no se tratò de Gaspar Rodriguez, y el cõtrato se hizo con Pedro de la Peña, subintrat lo que dixo Alberic. in dict. l. res ex mandato, in princip. ibi: *Empta, & procuratori tradita ab eo, qui non gerebat in animo, vt mihi acquireret, vt supra de donat. l. qui mihi,*

k.Et ante eos idem tradit glos.verb præstat, in l.quod meo 18.§.procurator,ff.de adquirend.possess.ibi: *Secus autem si vterque aliud gereret, quia tunc non præstat ministerium, imò sibi acquirit, vt not. supra de donat. qui mihi, & supra tit. 1. per seruum, in fin. & l. res ex mandato, &c* Cabalin.milleloq.125. num.2. part.1. donde declarando los textos, que dizen, adquiri rem domino per traditionem factam procuratori, inquit, ibi: *Tunc demum procedit, quando fit traditio ipsi procuratori, recipienti nomine domini; alioquin si fiat traditio procuratori, non tanquam tali, sed tanquam ipsi, & nomine proprio recipienti, tunc nullum dominium, nulla possessio acquiritur domino, seu mandatori, sed totum quæritur ipsi procuratori, text. in l. res ex mandato, quæ ita debet intelligi*: & cum cæteris concord. ff. de acquirend. rer.domin.

45 Y esta no es nueua inteligencia nuestra; sino que la parte contraria lo ha reconocido assi en la informació en derecho, que diò, y en su alegación memor. fol. 16. ibi: *Porque no obsta dezir, que el dominio de las mercaderias, sobre que se ha litigado, se quedò en las partes contrarias: porque este se transfirio en el dicho Gaspar Rodriguez, o en virtud del animo, que tuuo de adquirirselo Pedro de la Peña, o en virtud de la entrega, que despues se hizo, metiendo en su tienda las dichas mercaderias, &c.*

46 Lo qual se confirma, por el texto y la glos. in l. ei qui, §.alioquin, C.quod cum eo, donde diziendo el texto, q̃ del contracto hecho con el Factor, y en contemplació de su persona (como sucedio en el caso presente) no queda obligado el señor, sino por su ratificacion, ò por la in rem version, dize la glossa, que esta obligacion del señor no es al principio, sino ex postfacto, quando llegò la ratificacion, ò in remversion, & ita declarat glos. text. in dict §.alioquin, verb. ratum habuit, ibi: *Vel non*

datur

datur in dominum actio à principio, sed ex postfacto sic
47 *rato habito, vel in rem eius verso, vt hic, &c.* Et licet loquatur de obligatione contra dominum, idem est de acquisitione in eius fauorem: porque de no obligarse resulta no adquirirsele, y de adquirirsele resulta el quedar obligado, l. 1. in princ. ff. de instit. actio. glo. verb. potes, post med. ibi, & in d. l. Iulianus, & in l. multum interest, C. si quis alteri, vel sibi, & tradit Bald. in l. cum per eos, num. 2. vers. aut ex tali contractu, C. eod. tit. Y asi ni adquisicion, ni obligacion nõ datur in domino ab initio, sed expostfacto, rato habito, vel in rem eius verso, iuxta dict. glos. verb. ratum habuit, quam sequitur ibi Iacob. Butrig. vers. item oppono, quod nullo ibi solu. vt glos. Salic. n. 3 in fin. ibi: Solutio, vt in glos. videlicet, quod a principio non tenetur, sed ex postfacto sic, illo ratum
48 habente, vel id rem eius verso. Et non inconuenit quòd dominium vnius rei ab initio acquiratur vni, & ex post facto acquiratur alteri, etiam sine nouo contractu seu dispositione, vt probat Negusan. de pignorib. 1. memb. 5. p. num. 40. vers. Illud autem quod volunt, vsque in fi. d. num. Y en el caso presente procede mejor: porq̃ huuo dos actos y disposiciones diferentes, videlicet, el contracto primero de la compra, y luego la destinacion de Pedro de la Peña, de lleuar las mercaderias a la dicha tienda, pudiendo disponer dellas de otra suerte: y la in rem version, que despues se siguio, que fue la causa de la nueua acquisicion del dominio en Gaspar Rodriguez, iuxta superiùs adducta.

49 *D*e lo dicho se sigue, que si las dichas mercaderias estuuieran en poder de Pedro de la Peña, aunque el tuuiera otros acreedores anteriores, sine dubio se prefirieran Cauana y consortes, cuyas fueron las dichas mercaderias; y lo mismo ha de ser hallandose en la tienda, como està prouado que se hallaron, aunque la tienda y mercaderias se consideren por de Gaspar Rodriguez:

quia

quia hipotheca ſemel acquiſita in rebus nõ tollitur per alium ſubſequentem contractum ſine conſenſu creditoris, cui adquiſita fuit, l. ſi debitor 4. in princ. & §. ſi in venditione, l. voluntate 10 ff. quib. mod. pig. vel hipot. ſoluit. cum adductis à Bald. in l. certi iuris, num. 12. verſ. quid ſi, C. locati; vbi quòd poſtquam ſemel res cecidit in obligationem, atque hypothecam non liberatur mutato propoſito, aut ex noua voluntate debitoris; ex l. vtrum, in fi. ibi: *Nec immeritò id Pomponius, nam cum ſemel ſit obligatus, qui conſtituit factum debitoris, non debet eum excuſare, &c* ff. de conſtitut. pecun. Neguſant.
50 de pignorib. 4. membr. 2. par. num. 142. & 143. Porque quando Gaſpar Rodriguez vino á conſeguir el dominio de las dichas mercaderias, eſtauan ya afectas cõ la hipoteca cauſada antes que el las adquirieſſe: y aſsi perſeuerò la hipoteca con ſu anterioridad, l. ſi conuenerit 18. §. ſi fundus, ff de pignorat. act. ibi: *Manere cauſam pignoris: quia cum ſua cauſa fundus tranſeat*; l. pignoris, ff de pignorib. l. ſi debitor; C. de diſtract. pign. l. 6. & 8 vbi gloſ. 2. tit. 31. part. 3. Y no ſe confunde el derecho de las primeras hipotecas, aunque ſe multipliquẽ otras por la perſonã de Gaſpar Rodriguez. Quia vbi iura plu-
51 riũ deueniunt in perſonã vnius, tunc vnũquodque retinet naturam ſuam, & conſideratur de per ſe; ac ſi duæ eſſent ſeparatæ perſonæ, l. 1. vbi Bal. ff. de offic. Conſul. Socin. in l. cum filio, num. 28. ff. de legat. 1. & ibi Aym. Crauet. in 2. par. num. 395. Surd. deciſ. 310 num. 12. vbi propterea dicit, quòd Senatus cenſuit præferendũ creditorem perſonalem quorundam bonorũ, a los Acreedores hipotecarios de aquel a quien ſe adquirieron deſ-
52 pues los dichos bienes. Exemplo eius, quod dicitur in l. 1. §. ſciendum, ff. de ſeparationib. donde la accion perſonal ſe prefiere a la hipotecaria, & ad hoc fit bonorum ſeparatio, como ſe puede y deue hazer de los bienes de Gaſpar Rodriguez, que en los otros podran ſer preferi-

dos sus Acreedores, y en estos Otauio Maria y consor-
53 tes. Porq̃ la regla de la l. qui prior, solo procede quãdo todos los Acreedores habent causam ab vno: pero no quando a diuersis, iuxta text. singularem in l. siue autẽ, 11. §. si duobus, ff. de publ. in rem act. Vnde quilibet creditorum præfertur in sua causa, idest in bonis sui debitoris, vt optimè tradit Paul. de Castr. cons. 110. num. 1. & 2. & cons 245 num. 2 vers. Sequitur ergo, part. 1. Caualcan. decis. 28 num. 41. tom. 3. ibi: *Et ideò creditores hipothecarij præferuntur in illis bonis, & iuribus testatoris debitoris alijs creditoribus, & vxori hæredis, & sic quilibet creditor in bonis sui debitoris. Paul. de Cast. &c.* Vbi plures refert, & Surd. decis. 310. per tot. maximè ex 4. & n. 12. Fontan. de pact. nuptialib. clausul. 4. glos. 9.
54 part. 2. num. 51. & seqq. Y lo cierto es, que en sustãcia estos Acreedores son anteriores: porque antes tuuieron hipoteca en estos bienes, que no los otros Acreedores de Gaspar Rodriguez, quantumcunque huuiessen contratado con el antes, ex dict. l. si conuenerit, §. si fundũ, cum alijs supra adductis. Porque la hipoteca de los otros Acreedores no empeçò hasta que Gaspar Rodriguez adquiriò los dichos bienes, vt in l. fin. C. quæ res pign. oblig. poss. l. si is, qui, ff. de iure fisc. & notat Mantica de contract. lib. tit. num. Y auiendo Gaspar Rodriguez adquirido los bienes despues de contrayda la hipoteca de Otauio Maria y consortes, es impossible que sus Acreedores tengan mejor, ni tan buen derecho como Otauio Maria y consortes.

55 Y no es de consideracion la cosa juzgada, que en cõtrario se podria alegar: porque por ella no se determino nada que toque a este derecho, sino solo se declarò que el dominio pertenecia a Gaspar Rodriguez: y es cõpatible, y por aora en este punto no se niega, que Gaspar Rodriguez sea señor destas mercaderias: pero siendolo, estan afectas è hipotecadas a la paga de las deudas, a

que

que lo estauan las mismas mercaderias antes que el las comprasse.

Tercero Punto.

56 *Que para la dicha prelacion es muy considerable auer contratado Otauio Maria Cauana y consortes con Pedro de la Peña, respetiuè a la tienda que administraua, para ser preferidos en las mercaderias della, y que los demas Acreedores solo tendran derecho en lo q̃ sobrare de las dichas mercaderias, y efectos dellas, pagandose primero los Acreedores, de la misma negociacion.*

57 EN El punto precedente se tratò de prouar, que por la hipoteca, que se contraxo al tiempo que Octauio Maria Cauana y consortes, entregarõ sus mercaderias a Pedro de la Peña, quedaron afectas y hipotecadas para la paga de sus deudas, y que aunque passassen a Gaspar Rodriguez fue cõ la misma carga è hipoteca, de tal manera, que el Fisco, y todos los otros acreedores vienen a ser en estas mercaderias posteriores a los dichos Otauio Maria y consortes y que de los bienes de Gaspar Rodriguez se ha de hazer separacion, para que de las dichas mercaderias cobren primero los dueños dellas lo que se les deue del precio de las mismas mercaderias, y los otros Acreedores ayan de cobrar de lo que sobrare dellas, y de todos los otros bienes muebles y
58 rayzes de Gaspar Rodriguez. Y para que esto se facilite, en este punto se tratarà, de que aunque los dichos Otauio Maria Cauana y consortes no tuuieran hipoteca alguna en las dichas mercaderias, se deuiera hazer separacion de todas las de la tienda, y dellas pagarse los Acreedores, que vendieron las dichas mercaderias, antes que los otros, de qualquiera otra negociacion, vt in d. l. procuratoris, §. si plures, ff. de tributor. La qual da dos

razo-

razones, diziendo: *Vnusquisque enim merci, magis quàm ipsi credidit.* Y la segunda, ibi: *Et ne ex alterius re, mercevè alij indemnes fiant, alij damnum sentiant.* Et ita tradit Paul. de Castr. in d. §. si plures, & ex text. in l. si certarum, ff. de milit. testam. Straca de decoctorib. parte fin. num. 20. & Gregor. Lop. in l. 11. tit. 14. part. 5. glos. 4. ad fin.

59 La primera razon es muy de nuestro caso: porque verdaderamente Otauio Maria y consortes fiarõ sus mercaderias a la misma tienda, qne la vian caudalosa, y tal, que della misma, y de lo q̃ se sacasse de sus mismas mercaderias, serian pagados. Y quando passemos desta presumpcion de la ley, y digamos, que no se confiarõ, sino de Pedro de la Peña. Con esto se consigue lo mismo para hazer la dicha separacion de sus bienes, y de los de Gaspar Rodriguez, para que los acreedores de cada vno puedan ser pagados de la hazienda, de que confiarõ: y que si entendieran, que sus mercaderias auian de seruir para la paga de otros acreedores, no las dieran, vt considerat Corn. cons. 6. num. 8. vol. 2. Y para deshazer este engaño la ley, separa los vnos bienes de los otros, para que quede entera su accion contra los bienes de quien fiò, vt tradit Socin. Senior cons. 68. lib. 3. Tiraqu. de retract. §. 23. glos. 2. numer. 6. Cald. de empt, cap 7. num. 24.

60 La segunda razon es mas conforme a naturaleza, q̃ no permite, vt alter cum alterius iactura locuplectetur, vt in l. nam hoc natura, ff. de condit. indeb. la qual procede etiam contra Fiscum, vt alios allegans, tradit Mãtica de contractib. lib. 11. tit. 18. num. 32. Equidad considerada desde el principio que huuo leyes, y que correspondiendo a ella dixo la l. 1. ff. de separat. *Est igitur æquissimum creditores Seij desiderantes separationẽ audiri, impetrareque à Prætore, vt separatim cuiusque bona creditoribus præstentur.* Et tradit Strac. d. vlt. part. num.

num.22.ad med. Y ſi eſta ſuma equidad ſe cõſiderò por los Conſultos, no es poſsible que ſe dexe de conſiderar por tan grandes juezes, y tã Chriſtianos, como los que lo han de determinar.

61 Y aunque ſe contradize eſta ſeparacion, por dezir, q̃ el dinero de la Receptoria ſiruio para la negociacion de la tienda, y que aſsi no ſe puede ſeparar. Se reſponde con facilidad. Lo primero, que la ſeparacion eſtà ya hecha, y ſe ſabe en lo que alcança la tienda à Gaſpar Rodriguez, como lo declara Gaſpar Rodriguez, memor. fol.21. y Pedro de la Peña, fol.22. Y en el tãteo, que ſe ha preſentado del año de quinze, que eſtà dicto fol. 22. ſe dize, que la caxa deue a la tienda 58ȷј475. reales. Y en el tanteo, que hizo el ſeñor Iuan de Soria por fin del año de 17. O por lo menos, ſi no eſtuuiere hecha, es muy facil hazerſe.

62 Lo ſegundo ſe reſponde, que conforme a vna condicion de la Receptoria, no ſe podia tomar dinero della para otra negociacion: y aſsi lo ha defendido y pretendido el ſeñor Fiſcal, y no puede aora contradezirlo, vt in l. Papinianus, §. meminiſſe, ff. de inofficioſ. teſtam. & cap. ex eo, de regul. iur. in 6.

63 Reſpondeſe. Lo tercero, que quando la tienda deuieſſe a la Real hazienda alguna cãtidad de marauedis, puede concurrir con los Acreedores de la tienda en la dicha cantidad, vt in d. l. procuratoris, §. quod ſi dedi, ibi: *Et ſiquidem in creditum ei abij, tributio locum habebit.* Y no cõ todo el alcance, que haze à Gaſpar Rodriguez, pues era, y es negociacion diferente, a que Pedro de la Peña no eſtà obligado, ni la tienda, que el adminiſtraua: ò por lo menos en primero lugar eſtà la tienda obligada a todos los Acreedores della: porque Gaſpar Rodriguez no venia a tener en la tienda, mas de aquello en que el fueſſe acreedor, ajuſtando la cuenta con Pedro de la Peña, y ſeparando la parte, que a el le toca ſſe: porq̃

G de

de aquella viene a ser dueño, y por su cabeça tendrã derecho sus acreedores, vt tradit Mantic. de contract. lib.
64 4. tit. 22. n. 22. & Gratian. discept. 696. n. 20. Y claro está, que en lo q̃ huuiere en la tienda, q̃ no sea de Gaspar Rodriguez, no tienen derecho sus acreedores, vt per gl. in l. huius, ff. de pign. act. Y en especial no la tiene en la parte, que perteneciere a Pedro de la Peña. Fõtan. de pact. tit. 2. claus. 5. glos. 8. part. 8. num. 36.

65 Y no se pudo estender el animo de Pedro de la Peña a mas de comprar para el y para Gaspar Rodriguez. Corn. d. cons 6. nu. 7. y se prueua in d. § si plures, en dos negociaciones de vna misma persona. Y assi es mucho mas facil inducir separacion en dos negociaciones de dos personas diferentes; y quando ambas se tengã por de Gaspar Rodriguez, por lo menos se administraua por mano de diferentes personas, con diferentes libros, y cõ tanta cuenta y razon de lo que se sacaua de la vna para la otra, como si fueran totalmente estraños, y esto era forçoso hazerse assi: porq̃ en la tienda tenia la quarta parte Pedro de la Peña, y en la receptoria no la tenia: y como cosa q̃ dependia de la voluntad de Peña, claro esta, q̃ lo q̃ el compraua para la tienda, no podia ser cõ animo de adquirir a Gaspar Rodriguez mas de la parte, que tenia en la tiẽda. y assi dudando Fulgos. in d. §. si plures, & post eum Straca d. p. vlt. de decoctor. § fin. nu. 22. ad med. como en el tit. de separation. no se haze mẽciõ del §. si plures, dize, q̃ el tit. de separationib. depende de la voluntad y equidad del Pretor; y el § si plures de la voluntad del contrayente: q̃ es lo mismo, q̃ se ha cõside rado en la voluntad de Pedro de la Peña, y de los acreedores de la tienda, y assi en este caso concurren ambas.

66 Lo vltimo, q̃ en este punto se considera, es, que de 29. qs. y tantas mil marauedis, que se hizo de cuenta, q̃ deuia Gaspar Rodriguez a la Real hazienda, estã pagados 27. qs. 354U. y tantos marauedis, como consta del rollo, fol.

fol. 161. Y q̃ Gaſpar Rodriguez tiene obligados para la cuenta y ſatisfacion de la Receptoria 11.qs.550U. y tan tas marauedis de juros, de los quales con facilidad ſe ſa tisfarà a qualquier alcance, y ſiẽdo como el Fiſco es deu dor de los juros, los deue retener, y cõpenſar con qualquiera coſa que ſe le quede a deuer, vt in l. ſi nõ ſortem, §. ſi centum, ff. de cond. indeb. l. eleganter, §. qui reprobos, ff. de pignor act. l. ſi cum aurum, ff. de ſolut. Demas de otros 7.qs y tantas mil mr̃s, de q̃ Gaſpar Rodriguez auia dado cartas de pago en confiança, y ſe cobran y deuen cobrar ſin embargo dellas, vt in l. ſi literarum, C. de ſolut. & per Mantic. de contract lib. 11. tit. 20. ex n. 35. y Fontan. de pact. tit. 1. clauſ. 4. gl. 7 p. 2. ex nu. 16. Eſto de mas de 20U. ds. q̃ diò de fianças Gaſpar Rodriguez, de donde con facilidad ſe puede cobrar el dicho alcance, y otro qualquiera, que huuieſſe. Y eſta es conſideracion, que aumenta la equidad de la ſeparacion, que pretẽdemos; y es conforme à derecho, para que el Fiſco cobre de ſus hipotecas eſpeciales, que ſon las que eſtan referidas: y ſe ajuſta con la l. 2. C. de pignorib.

SECVNDVS ARTICVLVS.

67 EN El Articulo precedẽte, y en todos los pũtos del ſe han conſiderado las mercaderias de la tienda, como bienes que fueron de Pedro de la Peña, y obligados por el a la ſatisfacion de los creditos cõtraì dos reſpeto de la tienda, que adminiſtraua: pero quando todo lo dicho faltaſſe, y eſtas mercaderias ſe huuieſſen de conſiderar como bienes de Gaſpar Rodriguez, eſtan, y deuen eſtar hipotecadas a la ſatisfacion y paga de los acreedores, que las dieron, deſde el dia, que Gaſpar Rodriguez contraxo compañia con Pedro de la Peña, ò por lo menos deſde el dia, que ellos las entregaron al dicho Pedro de la Peña. Y aſsi eſte Articulo 2. ſe diuide en dos pũtos. En el primero ſe prouarà, q̃ eſtas mercade rias,

rias,y los demas bienes de Gaſpar Rodriguez quedarõ obligados a la ſatisfacion de las deudas de la tiẽda. Y en el ſegundo, que por lo menos deſde el dia de las obligaciones, que Pedro de la Peña hizo en fauor deſtos acreedores.

Punto primero.

68 Veſtra propoſicion en eſte punto ſe prueua por la miſma eſcritura de compañia, en la qual Gaſpar Rodriguez expreſſamente ſe obliga a pagar todas las deudas, que contraxere el dicho Pedro de la Peña de mercaderias, que tomare para la dicha tienda, y para ello obligò ſu perſona y bienes, con que ſe contraxo hipoteca general, no ſolo de las dichas mercaderias, ſino de todos ſus bienes de Gaſpar Rodriguez, l.1.& 37.tit.3. p.5. & ibi Greg.gl.6.l.1.& l.quæ nondum, ff.de pign.l.fi.C. quæ res pign.l.2 ff.qui potior AEgid. de contract. 2.p. c.13 clauſ.13.& clariùs Mantic. poſt alios quos refert, de contract.lib.11.tit.3.n.8.

69 Y en eſta general obligacion ſe cõprehenden las mercaderias: porque aunque ſint venalia, adhuc etiam cõprehenduntur in generali obligatione, vt tradit Bar.in l.ſi conſtante in princ.n.73.ff.ſolut.matrim.& in l.generali.§.vxori,n.4.ff.de vſuf.leg.Bal.& alij plures, quos refert Neguſan.de pignor.2.p.memb.2 n.14.vbi dicit, hanc eſſe veritatem, & Couar.lib.2.variar.c.5.n.2.& latè Mantic.de contract.lib.11.tit.4.n.36.& 37. Y ſi en eſte caſo fuera neceſſario, bien pudieramos afirmar, q̃ no ſolo era hipoteca expreſſa, pero eſpecial la q̃ ſe contraxo: porq̃ en la dicha eſcritura de compañia ſe dize, que las deudas de la tienda ſe han de pagar de lo procedido della, demas de obligarſe Gaſpar Rodriguez a ellas, como conſta de la eſcritura de compañia, memor.fo.9 in fi. Y quando ſe ſeñala coſa, de que ſe aya de pagar la deuda, ſe induze hipoteca della, vt poſt alios reſoluit idem Mantic.dict.lib.11.tit.3.n.10.

Y aun-

70. Y aunque al principio la dicha compañia se contraxo por quatro años, despues se conseruaron en ella, casi otros quatro, por voluntad de ambos compañeros, perseuerando ambos en la misma negociacion, cuenta y libros, en la forma que la auian tenido; quo casu indubitanter prorogatur societas, cum eisdem pactis & conditionibus, quibus à principio fuerat contracta. l. nã cũ tractatu, iuncta glos. ibi, ff. pro socio, & post plures tradit Caual. decis. 44. n. 77. p. 1. Et ratio est manifesta, quia etiam à principio societas potest contrahi tacitè, & re ipsa, vt in l. societatem. 4 ff. pro socio, vbi not. Fulgos. & Bart. in l. si patruus in fin. C. communi. vtriusq; iudic. & tradit post alios Aluar Valasc. consult. 34. n. 2. & in fortioribus terminis; hoc est, in societate finita per mortẽ socij, vt tacito consensu hæredum censeatur prorogata, tradit Greg. Lop. in l. 10. tit. 10. p. 5. in gl. por la muerte, & post alios, idem Aluar. Valasc. consult. 63. nu. 8. & 9. & Gutier. de iuram. confirm. c. 48. à n. 2.

71 Y en auiendo protogacion, se entiende cum eisdem hypothecis, vt in l. item quæritur, §. qui impleto, ff. locati, ibi: *Qui impleto tempore conductionis, remansit in cõductione, non solùm recon duxisse videbitur, sed etiã pignorum videtur durare obligatio.* Et ibi not. gl. & omnes & post alios Negus. de pign. 1. memb. 3. p. n. 22. Mantic. de contract. lib. 11. tit. 3. n. 12. & Ant. Gom. lib. 2. variar. c. 3. de locat. & conduct. n. 17.

72. Y no es nueuo, ni cõtra derecho, q̃ los contratos, q̃ oy se hazen, correspetiuos a otros precedientes, tengã anterioridad, è hipoteca desde el dia del primer cõtrato à q̃ corresponde, y se retrotraygan al tiẽpo del dicho primer contrato: veluti en el tutor, q̃ lo que recibe, a cabo de algunos años despues q̃ lo es, està obligado actione tutelæ, con anterioridad desde el dia en que empeçò a ser tutor, l. pro officio, C. de administ. tut. vbi gl. l. 23. tit. 13. p. 5. ibi: *Desde el dia que empeçaren a vsar el oficio de guarda*: & ibi notat Greg. glos. 5.

 Y lo

73 Y lo mismo es en el padre, ò otro administrador, que recibe alguna cosa: porq̃ el tal viene a estar obligado desde el principio de la administracion, aunq̃ el recibo sea posterior, vt in l. cum oportet, §. fi. C. de bon, quæ lib. ibi: *Interpretamur initium gerendæ administrationis, esse spectandũ, & non tempus, ex quo aliquid male fuerit*
74 *gestum*: & ibi notatur. Y en la dote, q̃ vno recibe despues de cõtraido el matrimonio, viene a estar obligado desde el dia que se le prometio, vt in l. 1. ff. qui potior. in pignor. hab. ibi· *Non vtique solutionum obseruanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis*, & ibi notãt glo. & omnes, & infra statim referendi.

75 Y aunq̃ se suele oponer de la l. qui balneum, §. 1. y de la l. potior, ff. qui pot. in pign. hab. & Bart. in l. si is, qui pro empt. n. 46. ff. de vsuc. Negus. de pign. p. 5. memb. 2. n. 9. ampl. 16. que en obligaciones, ò condiciones voluntarias prueuan, que no se retrotrae al principio de la obligacion, sino al recibo, que se haze.

76 La concordia comun de todos es, q̃ si el nueuo cõtrato tiene dependencia necessaria del primero, cõ sola la voluntad del acreedor se retrotrae la obligacion: y si es merè volũtario del deudor, el segũdo contrato no se retrotrae. Et in terminis post Bald. tradit Imol. in l. filius familias, n. 1. & ibi Alciat. n. 22. ff. de verb. oblig. & optimè per Paul. in l. quidam cum filium, §. fin. & ibi Alciat. n. ff. de verb. oblig. & hos & alios refert & sequitur Rota diuers. 1 p. decis. 728. n. 4. & Mãtic de cõtract. lib. 11. tit. 23. n. 29 Y assi durãte la compañia, solo Pedro de la Peña podia contratar, conforme a la escritura referida: y por el consiguiente basta esto para q̃ se retrotraigã la obligacion, q̃ hizo Pedro de la Peña al tiempo de la dicha escritura, ex supra dictis.

77 Dirase por el señor Fiscal y consortes, que fue volũtario de Pedro de la Peña, tomar fiadas estas mercaderias, pues es cierto, que pudiera no tomarlas, y que assi no venimos a estar en acto voluntario, el qual no se retrotrae al primer cõtracto, ex supra dictis.

La

78 La respuesta es facil, si se considera, q̃ la necessidad, de q̃ los DD. hablan, no es omnimoda: demanera, q̃ en qualquier acontecimiento tenga precisa necessidad de contratar, y basta q̃ sea necessario, secundùm quid, hoc est, para continuar el trato de la tienda, q̃ estaua à cargo de Pedro de la Peña, q̃ aliàs fuera impossible la cõtinuaciõ del, sino fuera cõprando mercaderias, q̃ vender en ella. Y en estos mismos terminos procede la dicha decis. 728. de la Rota diuers. dõde se auia dado vn poder para contratar, y el cõtrato pudiera no hazerlo la persona a quien se dio: pero en haziendolo, dize se retrotrae al dia del poder, vt ibi cõstat num. 1. & 3.

Segundo Punto.

79 MVy contra Octauio Maria y consortes serà venir a tener prelacion en concurso con los demas Acreedores hipotecarios en los bienes de Gaspar Rodriguez, cada vno conforme a su anterioridad: pero como la sentencia de vista les dà peor lugar, y los pone entre los Acreedores personales, no podemos los Abogados dexar de tratar deste Articulo, temiendo la confirmacion de la sentẽcia de vista, si a caso no se tuuieren por de consideracion los fundamentos precedientes. Y assi se aurà de tratar, de que en qualquier acontecimiento no pueden los dichos Acreedores dexar de tener hipotecadas las mercaderias de la tienda, para satisfacion de sus creditos, ora se considere la hipoteca q̃ se cõtraxo dellas mismas, quãdo las vẽdierõ, de q̃ se tratò sup. n. 32. & 37. o quier se considerẽ como bienes de Pedro de la Peña, pues es cierto que el las adquirio antes que las entregasse a Gaspar Rodriguez, de quo supra n. 46 & 48. o por lo menos quando se consideren como bienes de Gaspar Rodriguez, el tiene obligados todos sus bienes para la paga y satisfacion de las deudas que cõtraxesse Pedro de la Peña, como se contiene en la escritura de compañia que ambos hizieron, y aunque este tiẽpo se deue considerar desde el dia del otorgamiento de la dicha escritura de compañia, virtute retrotractionis, de qua supra n. 72. Quando no se considere, sino desde el dia que cada vno destos Acreedores dio sus mercaderias al dicho Pedro de la Peña, por lo menos desde entonces seràn Acreedores hipotecarios.

80 Esto q̃ se acaba de dezir no era menester prouarlo, por

lo que està dicho supra n 75 donde se disputò, si la obliga
cion de Gaspar Rodriguez se auia de retrotraer al tiempo
que el hizo la escritura de compañia, ò solo se auia de cō-
siderar desde el dia que Pedro de la Peña contratò con los
dichos Acreedores: porque la opinion mas rigurosa cōtra
los dichos Acreedores, es, que por lo menos la hipoteca
nace desde el dia del vltimo contrato, y no ay ninguno (de
los que yo hé visto) ni pienso le puede auer, que contradi-
ga la hipoteca desde el dia que Pedro de la Peña recibio
las dichas mercaderias.
81 Para este mismo intento se considera, que auiendo Gas-
par Rodriguez permitido a Pedro de la Peña, que contra
tasse, y se obligasse, y teniendo el noticia de las obligacio-
nes, no soló pierde el derecho, que podia tener, a sacar an-
te todas cosas lo que a el se le deuiesse, y entrar en concur
so con los mismos Acreedores, vt in l.1 ff de tribut act. pe
ro si los otros Acreedores son hipotecarios, se prefieren a
Gaspar Rodriguez por lo que a el se le deuiesse, vt in d.l.
procuratoris, §. qui tamē, & ibi gl & cōmuniter DD. & in
82 l. ex facto, ff. de pecul. Y todo lo q̄ mas puede tener el Fis-
co, y los otros acreedores de Gaspar Rodriguez, es suce-
der en su mismo derecho, y en la parte, q̄ el puede sacar de
la dicha tienda. Y la razon es, porq̄ hasta pagarse las deu-
das de la dicha cōpañia, no se puede considerar, q̄ los cō-
pañeros tengan parte en ella, vt tradit Fontan. de pact. to.
1. claus. 4 gl. 9. p. 2. à n. 52 q̄ dize auer obtenido por los a-
creedores de vna tienda, contra la dote anterior de la mu-
ger. Y en el n. 60. añade otra razō: porq̄ statim q̄ la merca-
deria se haze de la cōpañia, queda obligada a su precio la
misma cōpañia, y no se haze propia de ninguno de los cō
pañeros: y alega para ello a Vinc. de Franch. decis. 506. y
dize: *Quia nunquam, nec quidem momento temporis translatū fuit
dominium in quenc socium. sed in societatem potius, & semper cū illo
onere soluendi pretium & sic non adfuit vnquam, cui inniteretur hy*
83 *potheca creditorū socij*. Y desto nace, q̄ Gaspar Rodricuez por
si solo no pudiera obligar todos los bienes de la tiēda, q̄ te
nia en cōpañia, vt in l. si cōsensit, §. fi. ff quib. mod. pig. vel
hypot. solu. & in l. 1. §. non autē. ff. de exercit. act. l. sed si pu
pillus, §. cōuentio, ff. de institor. act. Anchar. cōs. 332. n. 2.
cū seqq. Castr. cōs. 415. n. 3. lib. 4. Cō q̄ por todos caminos
parece cierta la justicia de Otauio Maria Cauana y con-
sortes. Saluo, &c.